

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Communications électroniques, droits de passage et proportionnalité

COPPIETERS'T Wallant, Quentin

Published in:
Chroniques de Droit public

Publication date:
2007

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

COPPIETERS'T Wallant, Q 2007, 'Communications électroniques, droits de passage et proportionnalité: mise au point : note sous Cour d'Arbitrage n° 172/2006 du 22 novembre 2006, C.D.P.K. (Chroniques De Droit Public - Publiekrechtelijke Kronieken), 2007/2', *Chroniques de Droit public*, Numéro 2, p. 404-422.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

COUR D' ARBITRAGE n° 172/2006, 22 novembre 2006

- LOI DU 21 MARS 1991 PORTANT RÉFORME DE CERTAINES ENTREPRISES PUBLIQUES ÉCONOMIQUES – ARTICLES 97 ET 98 – DROITS DE PASSAGE – DOMAINE PUBLIC – AUTORISATION – RÉTRIBUTION – TÉLÉCOMMUNICATIONS – COMPÉTENCE FÉDÉRALE – VOIRIE – COMPÉTENCE RÉGIONALE – RÉPARTITION DES COMPÉTENCES – PROPORTIONNALITÉ – OBJET DE RÉGLEMENTATION IDENTIQUE – MODE D'ADOPTION DES DISPOSITIONS – OBJET DE RÉGLEMENTATION DIFFÉRENT – CONTENU DES DISPOSITIONS – NÉCESSITÉ DE RÉGLEMENTATION PRISE DE COMMUN ACCORD (NON)

L'Etat fédéral est compétent pour la matière des télécommunications. La Région est compétente pour sa voirie. Ces deux compétences peuvent néanmoins se rencontrer lorsqu'il s'agit d'organiser l'octroi et la rémunération de droits de passage pour l'installation d'infrastructures de télécommunications. Les deux compétences sont-elles à ce point imbriquées qu'elles ne peuvent plus, étant donné le principe de proportionnalité, être exercées que de commun accord, à l'instar de la réglementation des réseaux de communications électroniques convergés ? Sans égard en réalité pour le mode d'adoption des dispositions en cause, la Cour estime ici que les dispositions de la Région ne sont en soi pas disproportionnées. Le point de départ de l'évaluation de l'incidence du principe de proportionnalité sur la légalité d'un exercice unilatéral d'une compétence doit être l'identité ou non des objets des compétences visées. En cas d'objets de réglementation identiques, tout exercice unilatéral de compétence est nécessairement disproportionné (C.A. 132/2004). En cas d'objets de réglementation différents, les exercices unilatéraux des compétences respectives peuvent *a priori* valablement coexister (C.A. 172/2006).

- WET VAN 21 MAART 1991 WET BETREFFENDE DE HERVORMING VAN SOMMIGE ECONOMISCHE OVERHEIDSBEDRIJVEN – ARTIKEL 97 EN 98 – DOORGANGSRECHT – OPENBAAR DOMEIN – MACHTIGING – RETRIBUTIE – TELECOMMUNICATIE – FEDERALE BEVOEGDHEID – WEGENNET – REGIONALE BEVOEGDHEID – BEVOEGDHEIDSVERDELING – EVENREDIGHEIDSBEGINSEL – IDENTIEK ONDERWERP VAN REGELGEVING – WIJZE VAN GOEDKEURING VAN BESCHIKKINGEN – VERSCHILLEND ONDERWERP VAN REGELGEVING – INHOUD VAN DE BESCHIKKINGEN – NOODZAKELIJKHEID VAN EEN IN GEMEENSCHAPPELIJK OVERLEG TOT STAND GEKOMEN REGELING (NEEN)

De federale Staat is bevoegd voor de materie telecommunicatie. De Regio is bevoegd voor haar wegennet. Deze twee bevoegdheden kunnen zich niettemin ontmoeten wanneer het erom gaat de machtiging en de vergoeding van doorgangsrechten voor de installatie van telecommunicatie infrastructuur te organiseren. Hangen de beide bevoegdheden zo nauw samen dat zij, gezien het evenredigheidsbeginsel, slechts in gemeenschappelijk overleg geldig tot stand kunnen komen, naar het voorbeeld van de regelgeving van de geconvergeerde elektronische communicatienetwerken? Zonder werkelijk oog te hebben voor de manier van goedkeuring van de beschikkingen in kwestie, is het Hof hier van mening dat de beschikkingen van de Regio niet op zich onevenredig zijn. Het uitgangspunt van de evaluatie van de weerslag van het evenredigheidsbeginsel op de wettigheid van een eenzijdige uitoefening van een bevoegdheid moet de identiteit of niet van de onderwerpen van de kwestieuze bevoegdheden zijn. In geval van identieke onderwerpen van regelgeving, is elke eenzijdige uitoefening van een bevoegdheid noodzakelijkerwijs onevenredig (A.H. 132/2004). In geval van verschillende

onderwerpen van regelgeving, kunnen de eenzijdige uitoefeningen van de respectieve bevoegdheden *a priori* gelijktijdig geldig bestaan (A.H. 172/2006).

Siège :	A. Arts, M. Melchior (prés.), P. Martens, R. Henneuse, M. Bossuyt, L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman et E. Derycke (juges)
Av :	T. Vermeir, F. Sebreghs, S. Vernailen, H. Sebreghs, M. Aps

[...]

I. Objet des questions préjudicielles et procédure

Par arrêt n° 151.824 du 29 novembre 2005 en cause de l'Etat belge contre la Région flamande, dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour d'arbitrage le 5 décembre 2005, le Conseil d'Etat a posé les questions préjudicielles suivantes :

« 1. L'article 40, § 1er, du décret [flamand] du 18 décembre 1992 contenant des mesures d'accompagnement du budget 1993 viole-t-il les règles qui déterminent les compétences respectives de l'Etat et des régions, en soumettant les opérateurs de réseaux publics de télécommunications à une obligation d'autorisation pour l'usage privatif du domaine des routes et de leurs dépendances relevant de la gestion de la Région flamande, des cours d'eau et de leurs dépendances, de la digue de mer et des digues ?

2. Les articles 40, § 2, à 43 du décret [flamand] du 18 décembre 1992 contenant des mesures d'accompagnement du budget 1993 violent-ils les règles qui déterminent les compétences respectives de l'Etat et des régions en réclamant une rétribution aux opérateurs de réseaux publics de télécommunications pour l'autorisation requise en vue de l'usage privatif du domaine des routes et de leurs dépendances relevant de la gestion de la Région flamande, des cours d'eau et de leurs dépendances, de la digue de mer et des digues ?

3. L'article 97 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques viole-t-il les règles qui déterminent les compétences respectives de l'Etat et des régions en autorisant les opérateurs de réseaux publics de télécommunications à faire usage du domaine public des routes et de leurs dépendances relevant de la gestion de la Région flamande, des cours d'eau et de leurs dépendances, de la digue de mer et des digues pour poser des câbles, des lignes aériennes et des équipements connexes et exécuter tous les travaux y afférents, sans que la Région flamande puisse soumettre à une obligation d'autorisation cet usage privatif de son domaine public ?

4. L'article 98 de la loi du 21 mars 1991 portant

réforme de certaines entreprises publiques économiques viole-t-il les règles qui déterminent les compétences respectives de l'Etat et des régions en interdisant à la Région flamande de réclamer une rétribution aux opérateurs de réseaux publics de télécommunications pour le droit d'usage du domaine public des routes et de leurs dépendances relevant de la gestion de la Région flamande, des cours d'eau et de leurs dépendances, de la digue de mer et des digues ? ».

[...]

II. Les faits et la procédure antérieure

L'Etat belge demande au Conseil d'Etat d'annuler l'arrêt du Gouvernement flamand du 29 mars 2002 « relatif à l'octroi de licences, à la fixation et la perception de rétributions pour l'utilisation privative du domaine public des routes, des voies navigables et leurs attenances, les digues maritimes et les digues », pris en exécution du décret flamand du 18 décembre 1992 contenant des mesures d'accompagnement du budget 1993.

L'Etat belge fait notamment valoir qu'il est porté atteinte à ses compétences en matière de télécommunications, et en particulier aux articles 97 et 98 de la loi du 21 mars 1991. L'autorité fédérale serait en droit de régler l'exploitation des réseaux de télécommunications, tandis que le législateur décentral ne pourrait imposer une obligation de permis aux opérateurs des réseaux de télécommunications publics, ni ne pourrait les soumettre au paiement d'une rétribution pour l'usage du domaine public régional.

La Région flamande invoque sa compétence de régler, en matière de travaux publics, l'usage privatif des propriétés de son propre domaine public régional, en le soumettant à un permis et au paiement d'une rétribution.

Le Conseil d'Etat constate lui-même que tant les dispositions législatives que les dispositions décentralées peuvent faire l'objet d'une interprétation neutre du point de vue des compétences et, le cas échéant, d'une interprétation conforme à la répartition des compétences, mais il s'abstient de procéder à cette interprétation par suite du caractère catégorique de la position que chacune des parties adopte quant à sa propre réglementation.

C'est pourquoi le Conseil d'Etat pose les questions préjudicielles précitées, suggérées par les parties, mais reformulées par le Conseil d'Etat.

III. En droit

- A -

Position du Conseil des ministres

A.1. Le Conseil des ministres relève qu'en vertu de l'article 6, § 1er, VII, alinéa 2, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, l'autorité fédérale est compétente pour les matières dont l'indivisibilité technique et économique requiert une mise en œuvre homogène sur le plan national. C'est pourquoi l'article 27, § 2, de l'arrêté du Gouvernement flamand du 16 mars 1994, actuellement abrogé, prévoyait expressément que, pour la pose de conduites d'utilité publique, de câbles et de collecteurs par les sociétés détentrices d'une licence, les prescriptions légales restaient pleinement applicables à la délivrance de la licence et à la fixation des rétributions. Le nouvel arrêté attaqué devant le Conseil d'Etat ne contient pas pareille disposition. En ce qu'il n'est plus prévu d'exception pour les mesures qui portent sur des matières dont l'indivisibilité technique et économique requiert une mise en œuvre homogène sur le plan national, comme notamment l'usage privatif (nécessaire et inévitable) dans le secteur des télécommunications et dans le secteur de l'énergie, l'article précité de la loi spéciale de réformes institutionnelles et les articles 97, § 1er, et 98, §§ 1er et 2, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques sont violés.

A.2. En ce qui concerne la première question préjudicielle, le Conseil des ministres affirme que l'usage privatif du domaine régional par les opérateurs télécoms relève de la compétence de l'autorité fédérale, puisque le réseau de télécommunications constitue un équipement national et une grande infrastructure de transport de données utilisant un support énergétique. La compétence exclusive des régions pour gérer le domaine régional ne peut y porter atteinte. L'article 40, § 1er, du décret du 18 décembre 1992 excède la compétence régionale, étant donné qu'il ne permet pas de conclure que le régime des licences prévu dans ce décret pour l'usage privatif des voies régionales n'est pas applicable aux opérateurs télécoms. Le Conseil des ministres considère que la première question préjudicielle appelle une réponse affirmative.

A.3. La deuxième question préjudicielle concernant les articles qui imposent une rétribution pour de telles licences appelle également une réponse affirmative, étant donné que la rétribution est un accessoire indispensable du permis dont il fait indissociablement partie. Le fondement légal permettant de régler le statut domanial inscrit aux articles 40 à 43 du décret du 18 décembre 1992 est fourni par l'article 6, § 1er, X, 2°, de la loi spéciale du 8 août 1980, qu'il convient d'interpréter de manière restrictive et qui n'attribue aucune compétence permettant d'instituer un régime de permis et de rétributions. Cette possibilité n'a été offerte que par l'instauration de l'article 6, § 1er, X, 2° *bis*, de la loi précitée, par la loi spéciale du 16 juillet 1993, si bien que le législateur décretaal de 1992 n'était pas compétent pour adopter les articles 40 à 43 du décret du 18 décembre 1992.

A.4. En ce qui concerne la troisième question préjudicielle, qui porte sur l'article 97 de la loi précitée du 21 mars 1991, le Conseil des ministres se réfère à la réglementation antérieure de la Région flamande, déjà citée, qui reconnaissait effectivement la compétence de l'autorité fédérale pour habilitier les opérateurs de réseaux de télécommunications à utiliser le domaine public géré par la Région flamande pour la pose de câbles, de lignes aériennes et d'équipements connexes, sans que la Région flamande puisse soumettre cet usage privatif de son domaine public à une obligation de permis. A l'appui de cette thèse, le Conseil des ministres se réfère également aux travaux préparatoires de la loi du 12 avril 1965, dans lesquels il est expressément affirmé que l'usage du domaine public doit être retiré aux gestionnaires des domaines publics, quelle que soit l'identité des gestionnaires, une *ratio legis* qui sous-tend également l'article 6, § 1er, VII, de la loi spéciale du 8 août 1980.

Selon le Conseil des ministres, la troisième question préjudicielle appelle dès lors une réponse négative.

A.5. En ce qui concerne l'article 98 de la loi du 21 mars 1991, mentionné dans la quatrième question préjudicielle, le Conseil des ministres réitère l'argumentation développée en A.3. Une région ne peut percevoir une rétribution que si la loi n'a pas prévu d'exception dont la nécessité est avérée, de sorte que l'article 170, § 2, alinéa 2, de la Constitution a établi la primauté de la loi fiscale sur le décret fiscal. Quant à l'usage du domaine public par les opérateurs télécoms, le législateur fédéral n'a jamais renoncé à sa compétence fiscale, il l'a au contraire confirmée à l'article 6, § 1er, VII, alinéa 2, de la loi spéciale du 8 août 1980.

Selon le Conseil des ministres, la quatrième question préjudicielle appelle dès lors aussi une réponse négative.

Position de la partie intervenante, la SA « Eurofiber »

A.6. La SA « Eurofiber », opérateur d'un réseau de télécommunications public, fait notamment usage, pour son réseau, du domaine public de la Région flamande. Tout comme l'Etat belge, elle a introduit un recours en annulation du même arrêté du Gouvernement flamand du 29 mars 2002 auprès du Conseil d'Etat, mais ces affaires n'ont pas été jointes. Du fait que le Gouvernement flamand a soulevé des questions préjudicielles identiques dans cette affaire, cette partie affirme avoir un intérêt suffisant à intervenir dans la procédure devant la Cour, même en tant que conséquence de la décision de deux administrateurs de saisir le Conseil d'Etat.

A.7. Cette partie intervenante reconnaît la compétence de la Région flamande en matière d'usage privatif des voies terrestres et hydrauliques régionales et autres parties du domaine public, tant en vertu de l'article 6, § 1er, X, 2^o *bis*, que de l'article 12 de la loi spéciale du 8 août 1980, sous réserve toutefois du respect du principe de proportionnalité, à savoir la compétence (résiduelle) de l'autorité fédérale en matière de politique des télécommunications. Etant donné qu'il s'agit de compétences concurrentes, la loi fédérale doit primer en raison de la nature attribuée de la compétence régionale.

Selon cette partie, la législation fédérale en cause concrétise la réglementation européenne relative à la concurrence en matière de télécommunications, tandis que le législateur décentralisé régional peut régler les modalités de l'usage de son (propre) domaine public, sans pouvoir refuser au titulaire d'un permis pour l'aménagement et l'exploitation d'un réseau de télécommunications public, *in abstracto*, de faire usage du domaine public et sans pouvoir instituer une procédure d'autorisation supplémentaire.

A.8. Sa critique porte en particulier sur le fait que la Région flamande peut juger si l'usage privatif, qui fait l'objet d'une autorisation en vertu de l'article 97 de la loi du 21 mars 1991, est compatible avec la politique relative à la gestion d'un bien domanial et, le cas échéant, peut refuser l'autorisation - s'il n'est pas satisfait aux conditions émises, comme le paiement d'une rétribution fixe ou variable - ou peut la retirer, la suspendre ou la modifier. Le décret litigieux du 18 décembre 1992 porte ainsi atteinte de façon disproportionnée aux compétences de l'autorité fédérale en matière de télécommunications et permet d'entraver substantiellement la libéralisation, exigée par la réglementation européenne, des activités de réseau de télécommunications et de la communication électronique.

Le régime d'autorisation litigieux de la Région flamande n'était pas non plus absolument nécessaire, puisque près de dix années se sont écoulées entre l'adoption du décret et celle de l'arrêté d'exécution, période au cours de laquelle la majeure partie des réseaux de télécommunications publics ont été installés. Par ailleurs, même en cas de capacité insuffisante du sous-sol, l'article 98 de la loi du 21 mars 1991 offre des instruments suffisants pour régler l'usage du domaine public.

La partie intervenante estime dès lors que le décret du 18 décembre 1992 porte atteinte de façon disproportionnée aux compétences de l'autorité fédérale et viole le principe de proportionnalité et elle considère que le conflit entre les deux sphères de compétences ne peut être résolu qu'au moyen d'un accord de coopération.

A.9. Dans la loi du 21 mars 1991, le législateur fédéral respecte pleinement la compétence régionale autonome en matière de voiries, ainsi qu'il ressort de la possibilité, imposée à l'article 98 de cette loi, pour les autorités qui gèrent le domaine, d'approuver ou de refuser le plan d'aménagement et ses spécificités, et de déterminer comment et où le réseau sera aménagé, même moyennant l'obligation, pour l'opérateur du réseau de télécommunications public concerné, de modifier à ses frais l'aménagement ou le plan par suite de travaux que le gestionnaire de domaine souhaite entreprendre sur son domaine public. Le législateur fédéral a toujours exercé sa compétence en matière de télécommunications en respectant le principe de proportionnalité.

A.10. En ce qui concerne l'indemnité instituée par le décret du 18 décembre 1992, la partie intervenante fait valoir qu'il ne s'agit pas d'une rétribution, mais d'un impôt, auquel l'article 97 de la loi du 21 mars 1991 prévoit des exceptions, comme le prescrit la Constitution. Pour ce faire, elle se réfère aux travaux préparatoires des divers décrets modifiant les articles 40 et 43 afin d'instituer des dispenses et de soumettre l'obtention d'un permis au paiement d'une indemnité consistant en une rétribution fixe et une rétribution variable. Ces modifications vident de toute sa substance le motif de l'imposition d'une rétribution pour l'usage du domaine public et ont pour effet que seules les canalisations de transport sont soumises au paiement d'une rétribution variable.

A.11. Cette partie conclut que la première question préjudicielle appelle une réponse affirmative et la troisième question préjudicielle une réponse négative. Les deuxième et quatrième questions n'appellent à son sens aucune réponse « en l'absence d'une question appelant une réponse, parce que les redevances instaurées par le décret-programme 1993 ne sont pas des rétributions au sens de l'article 173 de la Constitution, mais des impôts

au sens de l'article 170, § 2, de la Constitution ».

Position du Gouvernement flamand

A.12. En ce qui concerne le contrôle de l'article 40, § 1er, du décret du 18 décembre 1992 au regard des règles répartitrices de compétences, la Région flamande renvoie à sa compétence relative aux routes et à leurs dépendances et aux voies hydrauliques et à leurs dépendances, inscrite à l'article 6, § 1er, X, 1°, 2°, 2° bis (inséré ultérieurement), 4° et 5°, de la loi spéciale du 8 août 1980, ainsi qu'au transfert de biens de l'Etat aux communautés et aux régions opéré par l'article 12 de la même loi. Cette compétence doit être réputée exclusive. Elle inclut notamment le pouvoir d'autoriser l'usage privatif des routes et voies hydrauliques et de leurs dépendances, des défenses côtières et des digues sur le territoire de la Région flamande. Selon le Gouvernement flamand, la Cour a considéré qu'il s'agit en la matière d'une compétence générale de gestion au sens large.

En l'absence de disposition contraire dans la Constitution et dans les dispositions répartitrices de compétence édictées en vertu de celle-ci, les régions sont compétentes pour régler l'usage privatif du domaine public et pour prévoir une obligation d'autorisation à cet effet. La compétence de délivrer des permis pour l'usage privatif du domaine public et de percevoir des rétributions en la matière s'inscrit donc dans la compétence de gestion étendue des régions. C'est pourquoi le législateur décreta a pu adopter les articles 40 à 43 du décret du 18 décembre 1992.

Même si la délivrance d'un permis pour l'usage privatif du domaine public de la région ne relève pas de sa compétence exclusive, la délivrance d'un permis constitue un pouvoir implicite de la région au sens de l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980. En effet, la réglementation adoptée est nécessaire à l'exercice des compétences de la Région flamande, puisque la capacité d'hébergement du domaine public des routes et des voies hydrauliques des régions est limitée et doit non seulement suffire pour toutes les installations privées mais également pour toutes les conduites et tous les câbles d'équipements d'utilité publique.

En outre, lors de l'exécution de travaux publics, la Région flamande doit connaître l'emplacement exact des câbles et des conduites des différents équipements. La matière relative aux conduites d'utilité publique se prête en outre à un régime différencié et son incidence sur la sphère de compétence fédérale n'est que marginale. L'autorisation d'exploiter des conduites et des câbles est accordée par l'autorité fédérale compétente, tandis que les conditions techniques d'utilisation du domaine public

et donc l'autorisation d'aménager la structure requise pour cette exploitation relève de la compétence exclusive du gestionnaire de domaine, à savoir, en l'occurrence, la Région flamande. En d'autres termes, la région ne peut porter atteinte au fait que des sociétés d'utilité publique puissent faire usage du domaine public, mais elle peut en déterminer les conditions. Dans l'article 98, § 1er, de la loi du 21 mars 1991, l'autorité fédérale reconnaît du reste elle-même les limites de sa compétence, puisque l'aménagement de l'infrastructure est soumis à l'approbation du plan d'aménagement par l'autorité dont dépend le domaine public, ce qui implique la possibilité d'un régime différencié.

A.13. Le Gouvernement flamand rejette en tout état de cause le fondement de compétence invoqué par le Conseil des ministres, à savoir l'article 6, § 1er, VII, alinéa 2, de la loi spéciale du 8 août 1980. Cette disposition porte exclusivement sur la politique de l'énergie et énumère limitativement les matières qui relèvent de la compétence de l'autorité fédérale en raison de leur indivisibilité technique et économique. Elle ne peut par ailleurs exclure la mise en œuvre des compétences régionales exclusives, et certainement pas sur la base du principe invoqué par la partie intervenante, selon lequel le droit fédéral primerait le droit d'une entité fédérée, principe qui, en effet, n'est pas reconnu. La disposition précitée est étrangère aux télécommunications, lesquelles constituent exclusivement une compétence fédérale résiduelle.

Le Gouvernement flamand conteste que le décret litigieux soit contraire aux règles européennes, et en particulier à la directive 96/19/CE, au motif que cette directive n'était pas encore en vigueur lors de l'adoption du décret et permettait en outre expressément la mise en place d'une procédure de permis afin de garantir les intérêts généraux de nature non économique, tels ceux que règle le décret litigieux.

Selon le Gouvernement flamand, la première question préjudicielle appelle une réponse négative.

A.14. En vertu de l'article 2 de la loi spéciale du 16 janvier 1989 relative au financement des communautés et des régions, la Région flamande est compétente pour percevoir des recettes non fiscales dans le cadre de la mise en œuvre de ses compétences, ce que ne conteste aucune autre partie. Le fait de lier une obligation de rétribution à la délivrance d'un permis pour l'usage privatif du domaine public de la Région flamande ne méconnaît dès lors pas les règles répartitrices de compétence. Il s'agit en outre effectivement d'une indemnisation de frais.

L'usage privatif du domaine public justifie par conséquent l'exigence d'une rétribution, d'autant que de tels usages ont un effet dérangeant pour le gestionnaire de domaine et entraînent une augmentation de ses frais alors

que, pour le titulaire d'un permis, cela constitue un avantage, étant donné qu'il ne doit pas faire usage des propriétés privées de particuliers et peut utiliser les plans et cartes techniques du gestionnaire de domaine qui sont disponibles. En matière de rétribution non plus, la norme supérieure ne prime pas la norme inférieure, étant donné qu'il s'agit d'une compétence exclusive et non concurrente. Par conséquent, la Région flamande a fait usage de la compétence que lui a conférée la loi spéciale de financement pour acquérir des revenus non fiscaux dans sa sphère de compétence.

Le constat que le législateur décréte, ultérieurement à l'adoption de l'article 43 du décret du 18 décembre 1992, aurait prévu plusieurs exonérations à l'obligation de rétribution ne modifie évidemment en rien la nature de l'indemnité. Étant donné que le législateur décréte est seul compétent pour lier un système de rétribution à l'usage privatif de son domaine, il est également seul compétent pour accorder des dispenses.

La deuxième question préjudicielle appellerait dès lors également une réponse négative.

A.15. Quant à la troisième question préjudicielle, relative à l'article 97 de la loi du 21 mars 1991, le Gouvernement flamand fait valoir que cette disposition ne permet pas à la Région flamande d'instaurer une obligation d'autorisation en ce qui concerne l'usage privatif de son domaine public. Cette disposition viole dès lors les règles répartitrices de compétence pour cause d'atteinte à la compétence exclusive attribuée à la région en ce qui concerne la gestion des routes et de leurs dépendances.

Le Gouvernement flamand répète que l'article 6, § 1er, VII, de la loi spéciale du 8 août 1980 énumère de façon limitative les compétences de l'autorité fédérale et ne procure aucun fondement à la disposition législative litigieuse. La référence à la *ratio legis* de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux n'est pas davantage pertinente, étant donné que, lors de l'adoption de cette loi, il n'était pas encore question d'une compétence exclusive de gestion des régions sur leur domaine public. Depuis la réforme de l'Etat et l'article 40 du décret du 18 décembre 1992 adopté en vertu de cette réforme, la législation fédérale relative aux conduites d'utilité publique en général n'est plus applicable, étant donné qu'elle est contraire à l'article 40 précité.

La troisième question préjudicielle appellerait par conséquent une réponse affirmative.

A.16. Conformément à l'article 98, § 2, de la même loi du 21 mars 1991, l'autorité dont dépend le domaine public ne peut imposer à l'opérateur du réseau public de télécommunications aucun impôt, taxe, péage, rétribution ou indemnité de quelque nature que ce soit, pour le

droit d'utilisation du domaine public. Eu égard aux arguments avancés par le Gouvernement flamand concernant la deuxième question préjudicielle, la disposition qui interdit aux régions de lier un permis pour l'usage privatif du domaine public à une rétribution viole les règles répartitrices de compétence.

A.17. Le Gouvernement flamand reconnaît que l'article 170, § 2, alinéa 2, de la Constitution habilite le législateur fédéral à prévoir des exceptions aux compétences fiscales générales des communautés et des régions, mais le législateur ne peut prévoir des exceptions que si leur nécessité est avérée. Cette disposition ne s'applique toutefois qu'aux impôts et non aux rétributions qui sont visées en l'espèce.

Selon le Gouvernement flamand, la quatrième question préjudicielle appellerait par conséquent aussi une réponse affirmative.

- B -

Quant aux dispositions en cause

B.1. Les questions préjudicielles portent sur les articles 40 à 43 du décret flamand du 18 décembre 1992 contenant des mesures d'accompagnement du budget 1993 ainsi que sur les articles 97 et 98 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques.

Les articles 40 à 43 du décret précité du 18 décembre 1992, dans leur version applicable avant leur remplacement ou leur modification par les décrets des 5 juillet 2002, 20 décembre 2002, 19 décembre 2003 et 24 décembre 2004, disposaient comme suit :

« Art. 40. § 1er. *L'usage privatif du domaine des routes et de leurs dépendances relevant de la gestion de la Région flamande, des cours d'eau et de leurs dépendances, des digues de mer et des digues peut faire l'objet d'une autorisation.*

§ 2. *Le détenteur de l'autorisation est tenu à payer une rétribution qui est composée soit d'un droit fixe soit d'un droit fixe et une partie variable. La rétribution due peut être levée une fois ou périodiquement.*

Art. 41. *L'Exécutif flamand est habilité à fixer les conditions et la procédure concernant l'octroi de l'autorisation ainsi que le montant et le mode de perception de la rétribution.*

Art. 42. *Les services qui relèvent de l'Exécutif flamand et qui sont compétents pour la gestion des biens domaniaux précités, sont chargés de la délivrance de l'autorisation, de la perception des rétributions dues et du contrôle du respect des conditions imposées par l'autorisation.*

Art. 43. *Peuvent être dispensés de la rétribution :*

- les usagers du cours d'eau et leurs fournisseurs;
- les propriétaires, locataires, fermiers riverains ainsi que leurs fournisseurs et visiteurs;
- les armateurs et les affrèteurs;
- le personnel des intercommunales et des sociétés concessionnaires pour la surveillance de leurs installations;
- les handicapés.

Les opérations suivantes peuvent également être dispensées de la rétribution :

- les activités effectuées sans but lucratif et qui sont de nature sociale, culturelle ou pédagogique;
- les travaux exécutés dans le cadre de la gestion des accotements ou de la gestion écologique et qui dispensent en tout ou en partie de l'entretien, le gestionnaire de la route ou du cours d'eau concernés.

L'Exécutif flamand fixe les modalités en la matière ».

Les articles 97 et 98 de la loi précitée du 21 mars 1991, modifiés par les articles 48 et 49 de la loi du 19 décembre 1997, tels qu'ils sont applicables dans l'instance pendante devant la juridiction *a quo*, énoncent comme suit :

« Art. 97. §1er. Dans les conditions prévues dans ce chapitre, tout opérateur d'un réseau public de télécommunications est autorisé à faire usage du domaine public et des propriétés pour établir des câbles, lignes aériennes et équipements connexes et exécuter tous les travaux y afférents, dans le respect de leur destination et des dispositions légales et réglementaires régissant leur utilisation.

Font partie de ces travaux, ceux qui sont nécessaires au maintien, à la modification, à la réparation, à l'enlèvement et au contrôle des câbles, lignes aériennes et équipements connexes.

§ 2. Les câbles, lignes aériennes et équipements connexes établis restent la propriété de l'opérateur du réseau public de télécommunications concerné.

Art. 98. § 1er. Avant d'établir des câbles, lignes aériennes et équipements connexes sur le domaine public, tout opérateur d'un réseau public de télécommunications soumet le plan des lieux et des caractéristiques d'aménagement à l'approbation de l'autorité dont relève le domaine public.

Cette autorité devra statuer dans les deux mois à compter du dépôt du plan et donner notification de sa décision à l'opérateur du réseau public de télécommunications concerné. Passé ce délai, le silence de l'autorité vaut approbation.

En cas de contestation persistante, il est statué par arrêté royal.

§ 2. Pour ce droit d'utilisation, l'autorité ne peut imposer à l'opérateur du réseau public de télécommunications concerné aucun impôt, taxe, péage, rétribution ou indemnité, de quelque nature que ce soit.

Tout opérateur d'un réseau public de télécommunica-

tions détient en outre un droit de passage gratuit pour les câbles, lignes aériennes et équipements connexes dans les ouvrages publics ou privés situés dans le domaine public.

§ 3. L'autorité a le droit de faire modifier l'installation ou le plan d'aménagement des câbles, lignes aériennes et équipements connexes à l'occasion de travaux qu'elle désire effectuer au domaine public qu'elle gère. Elle doit en informer l'opérateur du réseau public de télécommunications concerné par lettre recommandée à la poste au moins deux mois avant de commencer l'exécution des travaux. Les frais inhérents à la modification des câbles, lignes aériennes et équipements connexes sont à charge de l'opérateur du réseau public de télécommunications concerné.

Lorsque ces travaux au domaine public ne sont pas entrepris ou lorsque l'autorité a demandé la modification des câbles, lignes aériennes et équipements connexes en faveur d'une autre personne, l'opérateur du réseau public de télécommunications concerné peut mettre les frais de modification à la charge de l'autorité ».

Quant aux première et troisième questions préjudicielles

B.2. Par la première question préjudicielle, la juridiction *a quo* demande à la Cour si l'article 40, § 1er, du décret flamand du 18 décembre 1992 contenant des mesures d'accompagnement du budget 1993 viole les règles répartitrices de compétences en tant qu'il soumet les opérateurs de réseaux publics de télécommunications à une obligation d'autorisation pour l'usage privatif du domaine des routes et de leurs dépendances relevant de la gestion de la Région flamande, des cours d'eau et de leurs dépendances, des digues de mer et des digues.

Par la troisième question préjudicielle, la juridiction *a quo* demande à la Cour si l'article 97 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques viole les règles répartitrices de compétences en autorisant les opérateurs de réseaux publics de télécommunications à faire usage du domaine public des routes et de leurs dépendances relevant de la gestion de la Région flamande, des cours d'eau et de leurs dépendances, des digues de mer et des digues pour poser des câbles, des lignes aériennes et des équipements connexes et exécuter tous les travaux y afférents, sans que la Région flamande puisse soumettre à une obligation d'autorisation cet usage privatif de son domaine public.

Les deux questions préjudicielles sont traitées conjointement, aussi bien en raison de leur libellé qu'en raison de la connexité des dispositions en cause en ce qui concerne la matière qu'elles règlent.

B.3. La Cour contrôle les dispositions en cause au regard des règles répartitrices de compétences applicables

au moment où elles ont été adoptées.

B.4. En vertu de l'article 6, § 1er, X, alinéa 1er, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, remplacé par l'article 4, § 11, de la loi spéciale du 8 août 1988, les régions sont, entre autres, compétentes pour les routes et leurs dépendances (1°), les voies hydrauliques et leurs dépendances (2°), les défenses côtières (4°) et les digues (5°). Il ressort des travaux préparatoires de cette disposition que la compétence attribuée est « une compétence de gestion au sens large » (*Doc. parl.*, Chambre, S.E. 1988, n° 516/1, p. 13).

B.5. L'article 2 de la loi spéciale du 16 juillet 1993 visant à achever la structure fédérale de l'Etat a inséré dans l'article 6, § 1er, X, de la loi spéciale du 8 août 1980 un 2°bis, aux termes duquel les régions sont également compétentes pour « le régime juridique de la voirie terrestre et des voies hydrauliques, quel qu'en soit le gestionnaire, à l'exclusion des voies ferrées gérées par la Société nationale des chemins de fers belges ».

La portée de cette attribution de compétence a été précisée comme suit lors des travaux préparatoires :

« Le but n'est pas de mettre à charge des Régions des travaux publics sur la voirie communale ou provinciale, mais bien de leur permettre de modifier ou d'uniformiser les législations régissant le statut des voiries (délimitation, classement, gestion, domanialité, autorisations d'utilisation privative, sanction des empiétements, etc.). A l'heure actuelle, ce statut est régi par la loi communale, la loi provinciale ou par des lois spécifiques (loi du 10 avril 1841 sur les chemins vicinaux, loi du 9 août 1948 portant modification à la législation sur la voirie par terre, loi du 12 juillet 1956 établissant le statut des autoroutes, etc.) » (*Doc. parl.*, Sénat, 1992-1993, n° 558/5, pp. 412-413).

La raison de l'insertion de cette disposition était liée à la jurisprudence de la Cour relative aux matières que la Constitution réserve au législateur fédéral :

« Il y a lieu de rappeler que la voirie communale est une matière d'intérêt communal réservée jusqu'à présent au seul législateur fédéral, en vertu de l'article 108 de la Constitution, mais que, suivant la jurisprudence de la Cour d'arbitrage, fondée sur l'article 19, § 1er, alinéa 1er, de la loi spéciale du 8 août 1980, le législateur est habilité à confier aux législateurs décrets ou d'ordonnance le règlement de matières réservées. Il est dès lors capital que le texte de la loi spéciale soit tout à fait précis sur ce point : lorsqu'une compétence est transférée aux législateurs décrets ou d'ordonnance et que cette compétence touche, en tout ou en partie, à une matière constitutionnellement réservée, il ne peut y avoir aucune ambiguïté quant à la volonté du législateur spécial d'inclure celle-ci dans la compétence transférée. Or, d'aucuns pourraient considérer que le texte actuel de la loi spéciale n'offre pas la clarté

voulue, en ce qui concerne la compétence des Régions de régler le statut juridique de la voirie.

Le même problème se pose en termes identiques en ce qui concerne la voirie provinciale et la voirie d'agglomération.

La modification envisagée vise donc à remédier à cette lacune en affirmant nettement que la compétence des Régions dans le domaine de la voirie s'entend d'une compétence englobant toute la voirie sans préjudice des différents statuts administratifs qui sont actuellement les siens (statut régional, provincial, communal ou d'agglomération) » (*ibid.*, p. 412).

B.6. Compte tenu des principes selon lesquels, d'une part, le Constituant et le législateur spécial, dans la mesure où ils n'en disposent pas autrement, ont attribué aux communautés et aux régions toute la compétence d'édicter les règles propres aux matières qui leur ont été transférées et, d'autre part, sauf dispositions contraires, le législateur spécial a transféré aux communautés et aux régions l'ensemble de la politique relative aux matières qu'il a attribuées, il faut déduire de ce qui précède qu'au moment où la disposition en cause a été adoptée, le législateur décentralisé était en tout état de cause compétent pour régler le statut des routes et de leurs dépendances, des voies hydrauliques et de leurs dépendances, des digues de mer et des digues qui relèvent de la gestion de la Région flamande.

En effet, les travaux préparatoires cités font clairement apparaître que l'insertion d'un 2°bis dans l'article 6, § 1er, X, alinéa 1er, de la loi spéciale du 8 août 1980 n'est rien de plus que la confirmation de la compétence des régions en matière de réglementation du régime juridique de la voirie terrestre et des voies hydrauliques pour ce qui concerne la voirie qui relève de leur compétence, telle que celle-ci découlait déjà de l'attribution de compétence accordée par l'article 4, § 11, de la loi spéciale du 8 août 1988. Le 2°bis, inséré par l'article 2 de la loi spéciale du 16 juillet 1993, implique seulement une nouvelle attribution explicite de compétence aux régions, pour autant qu'elle porte sur la réglementation du statut juridique de la voirie qui relève des communes, provinces et agglomérations.

B.7. L'exercice de la compétence de gestion, en général, et de la compétence de fixation du régime juridique de la voirie terrestre et des voiries hydrauliques, en particulier, implique que les régions peuvent régler l'usage privatif du domaine de la voirie, des défenses côtières et des digues qui relèvent de la compétence de la région. L'imposition d'une obligation d'autorisation aux différents utilisateurs est effectivement un moyen adéquat pour surveiller l'utilisation du domaine public.

B.8. Dans l'exercice de la compétence qui leur est attribuée par l'article 6, § 1er, X, alinéa 1er, 1°, 2°, 4° et

5°, de la loi spéciale du 8 août 1980, les régions doivent respecter le principe de proportionnalité qui est inhérent à tout exercice de compétence et, dès lors, veiller à ne pas rendre impossible ou exagérément difficile l'exercice des compétences fédérales.

La Cour doit donc vérifier si, en l'espèce, la compétence de la Région flamande interfère avec une compétence du législateur fédéral et, dans l'affirmative, si elle ne rend pas impossible ou exagérément difficile l'exercice de cette compétence fédérale. A cette fin, la Cour doit d'abord examiner si l'article 97, § 1er, de la loi du 21 mars 1991 viole les règles répartitrices de compétences.

B.9. L'article 97, § 1er, de la loi du 21 mars 1991 autorise tout opérateur d'un réseau public de télécommunications à faire usage du domaine public et des propriétés pour établir des câbles, lignes aériennes et équipements connexes et exécuter tous les travaux y afférents, dans le respect de leur destination et des dispositions légales et réglementaires régissant leur

utilisation. Font partie de ces travaux, ceux qui sont nécessaires au maintien, à la modification, à la réparation, à l'enlèvement et au contrôle des câbles, lignes aériennes et équipements connexes.

B.10. A l'exception de la compétence en matière de radiodiffusion et de télévision, attribuée aux communautés par l'article 4, 6°, de la loi spéciale du 8 août 1980, le législateur fédéral est compétent, sur la base de sa compétence résiduelle, pour les autres formes de télécommunications.

B.11. L'article 97, § 1er, de la loi du 21 mars 1991 s'inscrit dans la ligne de la compétence du législateur fédéral en matière de réglementation des télécommunications.

Dans l'exercice de cette compétence, le législateur fédéral doit tout autant respecter le principe de proportionnalité et, dès lors, veiller à ce qu'il ne rende pas impossible ou exagérément difficile l'exercice des compétences régionales.

B.12. L'autorisation, visée à l'article 97, § 1er, de la loi du 21 mars 1991, de faire usage du domaine public et des propriétés ne peut être utilisée que « dans le respect de leur destination et des dispositions légales et réglementaires régissant leur utilisation ». La Cour constate que cette disposition peut s'interpréter de deux manières.

Elle peut s'interpréter en ce sens que le législateur fédéral n'aurait pas interdit aux régions d'autoriser l'usage privatif de leur domaine public, entre autres, en soumettant à une autorisation les opérateurs des réseaux publics de télécommunications. En raison de la condition précitée, il est tenu compte du fait que ledit domaine public et lesdites propriétés sont gérés par d'autres autorités que les autorités fédérales, en particulier par les

régions, sur la base de l'article 6, § 1er, X, alinéa 1er, 1°, 2°, 4°, 5°, de la loi spéciale du 8 août 1980, et que les régions doivent être à même d'exercer leurs compétences, telles que celles-ci sont définies en B.7 et B.8.

Toutefois, s'il est postulé - comme cela semble être soutenu dans la troisième question préjudicielle - que, sur la base de l'article 97, § 1er, de la loi du 21 mars 1991, les régions ne pourraient soumettre à une obligation d'autorisation l'usage privatif du domaine public, le législateur fédéral rendrait impossible, par la disposition précitée, l'exercice de la compétence régionale, découlant de l'article 6, § 1er, X, alinéa 1er, 1°, 2°, 4°, 5°, précité de la loi spéciale du 8 août 1980.

B.13. Le législateur fédéral étant compétent, dans les limites définies en B.12, alinéa 2, pour adopter l'article 97, § 1er, de la loi du 21 mars 1991, il faut encore vérifier si le législateur décretal n'a pas pris de mesure qui rende impossible ou exagérément difficile l'exercice des compétences fédérales en matière de télécommunications.

B.14. L'article 40, § 1er, du décret du 18 décembre 1992 se limite à ne permettre l'usage privatif du domaine des routes et de leurs dépendances relevant de la gestion de la Région flamande, des cours d'eau et de leurs dépendances, des défenses côtières et des digues, que moyennement autorisation. Une telle autorisation doit tout autant être demandée par les opérateurs des réseaux publics de télécommunications.

Demander et obtenir cette autorisation ne saurait être considéré en soi comme une mesure disproportionnée rendant impossible ou exagérément difficile l'exercice des compétences fédérales en matière de télécommunications, de sorte que l'article 40, § 1er, du décret précité du 18 décembre 1992 ne viole pas en tant que tel le principe de proportionnalité.

Dès lors que, conformément à l'article 41 du décret du 18 décembre 1992, le Gouvernement flamand est autorisé à fixer les conditions et la procédure en matière d'octroi de l'autorisation, il appartient à la juridiction *a quo* de vérifier si, dans l'exercice de cette compétence, elle a respecté le principe de proportionnalité.

B.15. Sous réserve de ce qui est dit en B.12, alinéa 2, et en B.14, la première et la troisième question préjudicielle appellent une réponse négative.

Quant aux deuxième et quatrième questions préjudicielles

B.16. La juridiction *a quo* demande par ailleurs à la Cour si les articles 40, § 2, à 43 du décret précité du 18 décembre 1992 violent les règles répartitrices de compétences en tant qu'ils permettent d'imposer une rétribution aux opérateurs de réseaux publics de télécommuni-

cations pour l'autorisation requise en vue de l'usage privatif du domaine des routes et de leurs dépendances relevant de la gestion de la Région flamande, des cours d'eau et de leurs dépendances, des digues de mer et des digues.

La juridiction *a quo* demande enfin à la Cour si l'article 98 de la loi précitée du 21 mars 1991 viole les règles répartitrices de compétences en tant qu'il interdit aux régions de réclamer une rétribution aux opérateurs de réseaux publics de télécommunications pour le droit d'usage du domaine public de la voirie terrestre et des voies hydrauliques.

Les deux questions préjudicielles visent à déterminer les limites de la compétence fiscale des législateurs fédéraux et régionaux en ce qui concerne la matière de l'indemnisation pour l'autorisation de l'usage privatif du domaine public par des opérateurs de réseaux publics de télécommunications et doivent, pour cette raison, être traitées ensemble.

B.17. En vertu de l'article 40, § 2, du décret du 18 décembre 1992, l'obtention d'une autorisation est soumise au paiement d'une rétribution qui peut consister en un droit fixe ou comporter un droit fixe et une partie variable. Cette rétribution peut être levée en une fois ou périodiquement. Le Gouvernement flamand peut fixer le montant et le mode de perception de la rétribution (article 41), perçue par les services chargés de la gestion des biens domaniaux (article 42). Le décret prévoit un certain nombre de dispenses (article 43).

B.18. Une rétribution est l'indemnisation d'un service accompli par l'autorité au bénéfice du redevable considéré isolément. Elle n'a qu'un caractère d'indemnisation, de sorte qu'un rapport raisonnable doit exister entre le coût ou la valeur du service fourni et le montant dû par le redevable.

La rétribution étant la contrepartie d'un service public fourni, elle est liée à la compétence matérielle de l'autorité concernée.

B.19. Etant donné que, comme cela a été constaté en B.7, les régions sont compétentes pour soumettre à autorisation le droit d'usage du domaine public de la voirie terrestre et des voies hydrauliques, des défenses côtières et des digues, elles sont également compétentes, sur la base de l'article 173 de la Constitution, pour imposer une rétribution pour la délivrance de cette autorisation.

B.20. La réponse aux questions préjudicielles dépend de la nature de la perception à laquelle est soumise la délivrance de l'autorisation d'usage privatif du domaine public de la voirie terrestre et des voies hydrauliques, des défenses côtières et des digues. La Cour doit donc vérifier si l'indemnité peut être qualifiée de rétribution ou doit être qualifiée d'impôt.

B.21. Le fait de soumettre à indemnisation l'obtention d'une autorisation a été justifié comme suit lors des travaux préparatoires :

« *Le fondement d'une réglementation décrétable pour cette matière est emprunté à l'article 6, § 1er, X, 2°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, modifiée par la loi spéciale du 8 août 1988, ainsi qu'aux articles 1er et 2 de la loi spéciale de financement du 16 janvier 1989, qui rendent les communautés et les régions compétentes pour instaurer leurs ressources non fiscales propres, présentant la caractéristique d'une rétribution. Les indemnités dues pour l'usage privatif du domaine public doivent en effet être qualifiées de rétribution au sens que donnent à celle-ci la doctrine et la jurisprudence, à savoir l'indemnisation pécuniaire pour un service ou un acte fourni à un bénéficiaire par l'autorité, en l'occurrence la mise à disposition du domaine pour son propre usage.*

Le fait qu'il s'agit en l'occurrence de perceptions possédant la nature d'une rétribution a pour conséquence que ces perceptions ne sont pas soumises au principe d'annualité et qu'elles ne doivent donc pas être renouvelées annuellement. Il découle également de ce fait que, du point de vue décretable, il suffit de déterminer dans quel cas ces rétributions peuvent être levées, alors que le pouvoir d'en fixer les modalités peut être confié à l'Exécutif. [...]

[L'article 40, § 2,] fixe le principe et l'objet du régime d'autorisation et de rétribution. Le droit fixe dont il est question dans cet article représente les coûts administratifs imputés à l'ayant droit, qui sont donc les mêmes pour tous les types d'autorisations. La partie variable dépend de la nature de l'autorisation. La redevance doit être payée une fois ou annuellement en fonction de la nature et de la durée de l'autorisation » (Doc. parl., Parlement flamand, S.E., 1992, n° 235/1, pp. 19-20).

B.22. Les travaux préparatoires cités ne font pas apparaître que la « partie variable » de la « rétribution », visée à l'article 40, § 2, serait une indemnité qui couvre les coûts administratifs afférents à la délivrance de l'autorisation en tant que telle. Il s'agit au contraire d'une indemnité pécuniaire pour l'usage même du domaine public qui relève de la gestion de la Région flamande.

Pour autant que le montant d'une telle indemnité pour l'usage privatif du domaine public de la Région flamande soit raisonnablement proportionné au service public qui est ainsi fourni, il s'agit d'une rétribution que la région, dans l'exercice de sa compétence matérielle, peut établir en vertu de l'article 173 de la Constitution.

B.23. En prévoyant à l'article 98, § 2, alinéa 1er, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques que l'autorité ne peut imposer aucune « rétribution ou indemnité » de quelque nature que ce soit pour le droit d'utilisation de l'opéra-

teur du réseau public de télécommunications, le législateur fédéral, en ce que cette disposition s'applique également aux autorités régionales dans les matières pour lesquelles elles sont compétentes, porte atteinte à la compétence attribuée aux régions par l'article 173 de la Constitution et par l'article 6, § 1er, X, alinéa 1er, 1°, 2°, 4° et 5°, de la loi spéciale du 8 août 1980.

B.24. Toutefois, si le Gouvernement flamand fixait, en application des dispositions litigieuses, le montant de l'indemnité d'usage à un niveau qui n'est pas raisonnablement proportionné à la valeur du service fourni par la région, il ne s'agirait plus d'une rétribution, mais d'un impôt visé à l'article 170 de la Constitution.

B.25. Dans cette hypothèse, il convient de souligner qu'en vertu de l'article 170, § 2, alinéa 2, de la Constitution, la loi peut « [déterminer] les exceptions dont la nécessité est démontrée » à l'égard des impositions qui sont établies pour les besoins de la communauté ou de la région.

Conformément à cette disposition, les communautés et les régions disposent d'une compétence fiscale autonome, sauf lorsque la loi a déterminé ou détermine ultérieurement les exceptions dont la nécessité est démontrée.

Il ressort des travaux préparatoires que l'article 170, § 2, de la Constitution doit être considéré comme « une sorte de mécanisme de défense [de l'Etat] à l'égard des autres niveaux de pouvoir, de manière à se réserver une matière fiscale propre » (*Doc. parl.*, Chambre, S.E., 1979, 10, n° 8/4°, p. 4). Les amendements proposant une liste de matières imposables pour les communautés et les régions ont été rejetés (*Ann.*, Chambre, 1979-1980, séance du 22 juillet 1980, pp. 2705-2713). Il a été souligné à plusieurs reprises que l'article 170, § 2, alinéa 2, de la Constitution devait être considéré comme un « mécanisme de régulation. [...] C'est un instrument nécessaire. La loi doit être ce mécanisme de régulation et elle doit pouvoir dire quelle matière imposable est réservée à l'Etat. Si l'on n'agissait pas ainsi, on verserait dans le chaos et dans toutes sortes de complications possibles qui n'ont plus rien à voir avec un Etat fédéral bien organisé ou avec un Etat bien organisé » (*Ann.*, Chambre, 1979-1980, séance du 22 juillet 1980, p. 2707; voy. également *Ann.*, Sénat, 1979-1980, session du 28 juillet 1980, pp. 2650-2651).

Par l'article 170, § 2, alinéa 2, de la Constitution, le Constituant a dès lors entendu établir la primauté de la loi fiscale sur le décret fiscal et permettre des exceptions à la compétence fiscale des communautés et des régions consacrée par l'alinéa premier de l'article 170, § 2. Dès lors, le législateur fédéral peut non seulement excepter certaines matières fiscales de la fiscalité propre des com-

munautés et des régions, mais il peut en outre prévoir que cette fiscalité ne s'applique pas à certaines catégories de contribuables. De surcroît, le législateur peut tant interdire *a priori* la perception d'une imposition régionale que prévoir des exceptions aux impositions régionales déjà établies.

Aux termes de la Constitution, l'exercice de cette compétence est toutefois lié à la condition que la « nécessité » en soit démontrée.

Un amendement visant à ajouter que la loi visée à l'article 170, § 2, alinéa 2, de la Constitution est une loi adoptée à la majorité spéciale a, certes, été rejeté (*Doc. parl.*, Chambre, S.E. 1979, 10, n° 8/2°, p. 1; *Ann.*, Chambre, 1979-1980, séance du 22 juillet 1980, p. 2706) mais, au cours des travaux préparatoires, il a été souligné que « la loi qui est visée à l'article 110, § 2, deuxième alinéa, est une loi organique, et [qu'] il ne sera pas facile pour le législateur d'imposer des restrictions aux communautés et aux régions » (*Doc. parl.*, Chambre, S.E. 1979, 10, n° 8/4°, p. 4). Au cours des travaux préparatoires de la loi spéciale du 16 janvier 1989 relative au financement des communautés et des régions, le ministre a relevé que « le deuxième alinéa, article 110, § 2, de la Constitution permet cependant au législateur national de déterminer des exceptions à cette compétence générale et complète [des communautés et des régions]. Cette possibilité pour le législateur national est néanmoins limitée : il doit pouvoir démontrer la nécessité de ces exceptions. En outre, il faut souligner que les exceptions doivent être interprétées restrictivement selon les règles d'interprétation généralement acceptées » (*Doc. parl.*, Chambre, 1988-1989, n° 635/17, p. 175).

B.26. Il ressort des termes de l'article 98, § 2, alinéa 1er, de la loi du 21 mars 1991 que l'autorité (dont dépend le domaine public) ne peut imposer aux opérateurs d'un réseau public de télécommunications aucun impôt, taxe ou péage, de quelque nature que ce soit.

B.27. L'article 98, § 2, de la loi du 21 mars 1991 est dicté par le souci « d'éviter une répétition de certains litiges » qui sont apparus dans le passé entre une autorité publique dont dépend le domaine public et Belgacom (désormais, depuis la modification législative du 19 décembre 1997, tout opérateur public de télécommunications). Il y a été ajouté - en ce qui concerne l'extension de la gratuité au deuxième alinéa :

« Cette gratuité est également étendue aux constructions privées réalisées dans le domaine public. En effet, depuis quelques années, les autorités qui gèrent le domaine public ont tendance à utiliser ou à céder le sous-sol des rues et des places pour des constructions souterraines, en particulier des parkings. La possibilité d'établir ou de conserver des câbles et des équipements connexes souterrains est dès lors

menacée et Belgacom pourrait être confrontées à des difficultés telles que le raccordement des abonnés dans des conditions d'exploitation normales pourrait être entravé à l'avenir » (Doc. parl., Chambre, 1989-1990, n° 1287/1, p. 60).

Compte tenu de ce qui précède, il peut être admis qu'est démontrée la nécessité de prévoir, par le biais de la disposition en cause, une exception à la compétence fiscale des régions sur la base de l'article 170, § 2, alinéa 2, de la Constitution.

B.28. Si elle soumettait à une imposition régionale l'usage privatif du domaine public par des opérateurs de réseaux publics de télécommunications, l'autorité régionale méconnaîtrait les règles répartitrices de compétences.

B.29. Il n'appartient pas à la Cour mais à la juridiction *a quo* d'examiner les montants fixés en exécution de la disposition litigieuse et d'apprécier s'ils peuvent ou non être considérés comme constituant une indemnisation raisonnable de l'usage privatif du domaine public de la Région flamande et, en conséquence, s'ils doivent être considérés comme une rétribution ou comme un impôt.

Par ces motifs,

la Cour dit pour droit :

1. Sous réserve de ce qui est mentionné en B.14, l'article 40, § 1er, du décret flamand du 18 décembre 1992 contenant des mesures d'accompagnement du budget 1993 ne viole pas les règles répartitrices de compétences.
2. Sous réserve de ce qui est mentionné en B.12, alinéa 2, l'article 97, § 1er, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques ne viole pas les règles répartitrices de compétences.
3. En ce qu'ils s'appliquent également aux opérateurs des réseaux publics de télécommunications et sous

- réserve de ce qui est dit en B.24 à B.28, les articles 40, § 2, 41 et 42 du décret précité du 18 décembre 1992 ne violent pas les règles répartitrices de compétences.
4. En ce que l'interdiction visée à l'article 98, § 2, alinéa 1er, de la loi précitée du 21 mars 1991 s'applique aussi aux rétributions et indemnités que les régions peuvent établir dans les matières pour lesquelles elles sont compétentes, cette disposition viole les règles répartitrices de compétences.

Note:

Communications électroniques, droits de passage et proportionnalité : mise au point¹

1. Introduction à la problématique : télécommunications c/ voirie publique

Contexte pratique - L'opérateur de communications électroniques (téléphonie, données, radiodiffusion) souhaitant installer physiquement un réseau aura très probablement besoin de passer sur le domaine public (routes, trottoirs,...). Il devra alors obtenir des droits d'utiliser ce domaine, des droits de passage et voudra tout naturellement en vérifier les coûts réglementaires et fiscaux. L'opérateur risque à ce titre d'être parfaitement perplexe. En effet, une loi fédérale² lui indique que l'utilisation du domaine public est gratuite, tandis que la législation régionale (en l'occurrence flamande³) lui impose une « rétribution » d'utilisation de la voirie publique. Cela augure-t-il de débours réglementaires kafkaïens à coordonner ou les deux situations de gratuité et de non-gratuité sont-elles compatibles ? Les législateurs concernés ont eux-même poussé la question devant la Cour d'arbitrage.

Litige - L'affaire conduisant à l'arrêt préjudiciel commenté est un contentieux objectif introduit devant le Conseil d'Etat par l'Etat fédéral⁴. L'Etat fédéral demande au Conseil d'Etat d'annuler l'Arrêté du Gouvernement

¹ La matière de cet article fut arrêtée au 1er avril 2007, à moins qu'il n'en soit indiqué autrement.

² Loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, *M.B.*, 27 mars 1991, *err.* 20 juillet 1991, modifiée ultérieurement.

³ Décret de la Communauté flamande du 18 décembre 1992 contenant des mesures d'accompagnement du budget 1993, *M.B.*, 29 décembre 1992, modifié notamment le 19 décembre 2003, *M.B.*, 31 décembre 2003. Sa mise en œuvre fait l'objet de l'Arrêté du Gouvernement flamand du 29 mars 2002 relatif à l'octroi de licences, à la fixation et la perception de rétributions pour l'utilisation privative du domaine public des routes, des voies navigables et leurs attenances, les digues maritimes et les digues, *M.B.*, 30 mai 2002.

⁴ C.E., 29 novembre 2005, Etat belge, n° 151.824, www.raadvst-consetat.be (1^{er} avril 2007).

flamand relatif à l'octroi de licences, à la fixation et la perception de rétributions pour l'utilisation privative du domaine public des routes, des voies navigables et leurs attenances, les digues maritimes et les digues (ci-après l'« Arrêté »)⁵. Cet Arrêté fut adopté le 29 mars 2002 en vertu d'un Décret flamand du 18 décembre 1992⁶ (ci-après le « Décret »). Pour ce qui concerne l'espèce commentée, il faut relever que l'Arrêté prévoit l'imposition d'un système d'autorisation et d'un système de prélèvement pour les utilisateurs privatifs du domaine public routier ou navigable régional (ci-après la « voirie publique régionale »⁷), y compris lorsque cette utilisation de la voirie publique régionale sert au transport de communications électroniques⁸. Le prélèvement comprend une partie fixe et une partie variable⁹.

Télécommunications - Il est important de préciser le concept de « communications électroniques ». Celui-ci comprend d'une part la mise en place et l'opération de systèmes (« réseaux ») de transmission électromagnétique¹⁰ et d'autre part la transmission (« services ») elle-

même de signaux – par exemple de téléphonie, d'internet et de radio -et télédiffusion – sur ces réseaux¹¹. A titre d'exemple, un opérateur historique de téléphonie (en Belgique : Belgacom) a classiquement développé et mis en place un système de fils et d'équipements de communication : il a mis en place un « réseau de communications électroniques ». Lorsque cet opérateur fournit la transmission de la voix ou de la télévision via ce réseau, il offre des « services de communications électroniques ». Il est possible de conceptuellement distinguer différentes sortes de services offerts à travers ces réseaux et services de transmission. L'on peut ainsi principalement distinguer la téléphonie, le transfert de données, la transmission de radiodiffusion. En Belgique, ces distinctions sont utilisées pour répartir les compétences entre les niveaux fédéral et communautaire. En effet, schématiquement, il appartient à l'Etat fédéral de réglementer et réguler les communications électroniques – réseaux et services – qui ne sont pas de la radio -ou télédiffusion¹², autrement dit les télécom-

⁵ Arrêté du Gouvernement flamand du 29 mars 2002, *op. cit.*

⁶ Décret de la Communauté flamande du 18 décembre 1992, *op. cit.*

⁷ La voirie publique régionale comprend de manière générale les plus grandes routes – à commencer par les autoroutes et les voies rapides. Les autres routes font partie soit de la voirie provinciale, soit de la voirie communale. Sur ces distinctions, voy. D. LAGASSE, *Droit administratif spécial : Les domaines public et privé - La voirie*, 14^{ème} éd., Bruxelles, PUB, 2005, 237 p.

⁸ Voy. p. ex. les articles 1, 7° et 9° de l'Arrêté, qui parlent de « transport d'information » et de « commutation ».

⁹ La partie fixe vise à couvrir les frais administratifs de la délivrance de l'autorisation. La partie variable vise l'indemnisation de l'usage même du domaine public. Elle varie donc en fonction de la nature et de la durée de l'autorisation.

¹⁰ Par fil ou par onde hertzienne.

¹¹ Les définitions du cadre réglementaire européen pour les communications électroniques sont « 'réseau de communications électroniques' : les systèmes de transmission et, le cas échéant, les équipements de commutation ou de routage et les autres ressources qui permettent l'acheminement de signaux par câble, par voie hertzienne, par moyen optique ou par d'autres moyens électromagnétiques, comprenant les réseaux satellitaires, les réseaux terrestres fixes (avec commutation de circuits ou de paquets, y compris l'Internet) et mobiles, les systèmes utilisant le réseau électrique, pour autant qu'ils servent à la transmission de signaux, les réseaux utilisés pour la radiodiffusion sonore et télévisuelle et les réseaux câblés de télévision, quel que soit le type d'information transmise; » et « 'service de communications électroniques' : le service fourni normalement contre rémunération qui consiste entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques, y compris les services de télécommunications et les services de transmission sur les réseaux utilisés pour la radiodiffusion, mais qui exclut les services consistant à fournir des contenus à l'aide de réseaux et de services de communications électroniques ou à exercer une responsabilité éditoriale sur ces contenus; il ne comprend pas les services de la société de l'information tels que définis à l'article 1er de la directive 98/34/CE qui ne consistent pas entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques; », art. 2, a et c de la Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre »), J.O.C.E., L 108/33, 24 avril 2002.

¹² La compétence de l'Etat fédéral de réglementer les télécommunications – dans ce sens strict – lui vient de sa compétence résiduelle. En effet, seules, parmi les communications électroniques, la radiodiffusion et la télévision sont visées explicitement par la Loi spéciale de réformes institutionnelle du 8 août 1980 (ci-après « LSRI ») (M.B., 15 août 1980, modifiée ultérieurement). L'article 4, 6° (auquel renvoie d'ailleurs l'article 4, § 1^{er} de la loi de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone du 31 décembre 1983, M.B., 18 janvier 1984) confie la radiodiffusion et la télévision aux Communautés. Le restant des communications électroniques est dès lors couvert par la compétence résiduelle de l'Etat fédéral (Art. 35, al. 3 de la Const.). Pour de plus amples développements au sujet de cette répartition de compétences-ci, voy. R. QUECK et Q. COPPIETERS 'T WALLANT, « La

munications dans un sens strict¹³ (téléphonie, transfert de données). Nous utiliserons d'ailleurs le terme « télécommunications » uniquement dans ce sens strict.

Conflit - L'Etat fédéral est bien conscient de sa compétence historique pour les télécommunications. Il ne faut dès lors pas s'étonner qu'il s'émeuve face à l'Arrêté litigieux. Ce dernier inclut en effet un système d'autorisations et de prélèvements flamands pour les réseaux de télécommunications utilisant la voirie publique régionale, alors même que l'Etat fédéral, quant à lui, fort de sa compétence précitée, semble précisément exclure tout système d'autorisation autre que son autorisation d'office et imposer la gratuité pour l'utilisation du domaine public par les opérateurs de réseaux publics¹⁴ de télécommunications !

En effet, au niveau fédéral, les articles 97 et 98 de la Loi du 21 mars 1991¹⁵ prévoient que

« tout opérateur d'un réseau public de télécommunications est autorisée à faire usage du domaine public [...] pour établir des câbles, lignes aériennes et équipements connexes et exécuter tous les travaux y afférents [...]. Pour ce droit d'utilisation, l'autorité [dont relève le domaine public] ne peut imposer à l'opérateur du réseau public de télécommunications concerné aucun impôt, taxe, péage, rétribution ou indemnité, de quelque nature que ce soit. » (nous soulignons)

Par contre le Décret et l'Arrêté flamands stipulent que « *L'usage privatif [de la voirie publique régionale] peut faire l'objet d'une autorisation. [...] L'obtention d'une autorisation est soumise au paiement d'une rétribution* » (Décret, art. 40), « *il y a lieu d'obtenir au préalable une licence du gestionnaire du domaine en vue de l'utilisation*

[de la voirie publique régionale] » (Arrêté, art. 2), « *Le détenteur de la licence doit une rétribution au gestionnaire du bien domanial* » (Arrêté, art. 18), « *Une licence est nécessaire et une rétribution est due pour l'utilisation du bien domanial pour [notamment, toute conduite et installation locale servant au transport ou à la distribution d'informations ou de commutation]* » (Arrêté, art. 26 et 1, 7° et 8°) et « *Doivent faire l'objet d'une licence : [...] les pylônes de télécommunication, [...] les cabines téléphoniques* » (Arrêté, art. 31) (nous soulignons)

Ainsi, ce que l'Etat fédéral semble exclure par la loi, la Région flamande l'a prévu par décret et appliqué par arrêté, forte de sa compétence quant à elle pour la voirie publique régionale¹⁶.

Questions préjudicielles - Ce litige pose donc une question de répartition des compétences – et de leur exercice – entre la matière des « télécommunications » de l'Etat fédéral et celle de la « voirie publique régionale » de la Région (flamande). Le Décret fondant l'Arrêté est au cœur du litige de compétence et, partant, la Cour d'Arbitrage fut invitée à connaître du problème de compétence sur la base de questions préjudicielles posées par le Conseil d'Etat. Les questions posées (points B.2. et B.16. de l'arrêt 172/2006) peuvent à notre estime se reformuler comme suit :

- La Région flamande est-elle compétente pour *imposer un système d'autorisation* de mise en place de lignes et équipements de télécommunications sur la voirie publique ?
- L'Etat fédéral est-il compétent pour *interdire tout système d'autorisation, autre que le sien*, de mise en place de lignes et équipements de télécommunications sur la

compétence de la Communauté germanophone en matière de radiodiffusion aux prises avec le progrès technologique », in K. STANGHERLIN (éd.), *La Communauté germanophone de Belgique Die Deutschsprachige Gemeinschaft Belgiens*, Coll. Projucit, Bruges, La Charte, 2005, pp. 405-445.

¹³ L'Union Internationale des Télécommunications (de l'Organisation des Nations Unies) utilise le concept de « télécommunications » dans un sens large : « toute transmission, émission ou réception de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de renseignements de toute nature, par fil, radioélectricité, optique ou autres systèmes électromagnétiques ». Cette définition inclut les télécommunications par ondes radioélectriques dont la radiodiffusion est un exemple. (« Définition de certains termes employés dans la présente Constitution, dans la Convention et dans les Règlements administratifs de l'Union internationale des télécommunications », n°s 1009, 1010 et 1012, annexe à la Constitution de l'Union internationale des télécommunications, annexée à la loi du 6 décembre 1996 portant assentiment à la Constitution et la Convention de l'Union Internationale des Télécommunications, et le Protocole facultatif concernant le règlement obligatoire des différends, faits à Genève le 22 décembre 1992, *M.B.*, 13 novembre 1999).

¹⁴ En droit belge, un « opérateur de réseau public de télécommunications » est une personne ayant notifié un système de transmission de signaux électromagnétiques qui sert principalement à des services de transmission offerts au public en général. A titre de contre-exemple, le réseau SWIFT n'est offert qu'aux banques ou assimilés. Voy. art. 2, 10° de la Loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, *M.B.*, 20 juin 2005.

¹⁵ Loi du 21 mars 1991, *op. cit.*

¹⁶ LSRI, art. 6, § 1, X, 2° et 2°bis.

voirie publique ?

- La Région flamande est-elle compétente pour *imposer un prélèvement* pour la mise en place de lignes et équipements de télécommunications sur la voirie publique ?
- L'Etat fédéral est-il compétent pour *interdire tout prélèvement* pour la mise en place de lignes et équipements de télécommunications sur la voirie publique ?

Attente d'une réponse - Cela fait plusieurs années que la question de la répartition des compétences pour les droits de passage appliqués aux télécommunications est en suspens. C'est d'ailleurs en raison de la crainte d'un conflit de compétence que les dispositions concernées de la Loi de 1991 n'ont pas été transférées dans la nouvelle Loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques¹⁷. Cette absence de transfert fut en effet justifiée par : « *il y a lieu de conclure un accord de coopération avec les Régions* »¹⁸. L'affaire commentée permet dès lors indirectement de vérifier si cette position du législateur était fondée.

Nous verrons également que l'approche adoptée ici par la Cour pour examiner la proportionnalité de l'exercice des compétences peut surprendre, comparée à celle adoptée dans son arrêt 132/2004. Dépasant la surprise, nous établirons que ces deux approches en réalité se complètent et peuvent opportunément être conciliées en une seule approche plus englobante.

2. Raisonnement adopté par la Cour

La Cour répond en deux temps : un premier temps pour la question de l'autorisation, un deuxième pour la question du prélèvement.

2.1. Système d'autorisation

Compétence de chacun - Pour ce qui est de l'autorisation, la Cour constate¹⁹ tout d'abord la compétence très large de la Région en matière de voirie publique, prévue par la Loi spéciale de Réformes institutionnelles. Les travaux préparatoires de l'article art. 6, § 1, X, 2° et 2°bis prévoient d'ailleurs explicitement que la matière inclut celle d'autorisations d'utilisations privatives de la voirie²⁰.

La Cour en conclut la compétence pour la Région de prévoir le système d'autorisation litigieux. Cependant, « *[dans] l'exercice de la compétence qui leur est attribuée [...] les régions doivent respecter le principe de proportionnalité qui est inhérent à tout exercice de compétence et, dès lors, veiller à ne pas rendre impossible ou exagérément difficile l'exercice des compétences fédérales* » (B.8.) (nous soulignons). Afin de vérifier ce non-empêchement de l'exercice des compétences fédérales, la Cour vérifie d'abord si la Loi de 1991 semblant interdire tout autre système d'autorisation ne viole pas elle-même la répartition des compétences. Elle conclut sur ce point à la compétence de l'Etat fédéral. Cependant lui aussi doit exercer sa compétence avec proportionnalité.

Application du principe de proportionnalité - Pour la Cour, l'exercice de la compétence de l'Etat fédéral serait disproportionné si la Loi de 1991 signifiait que *tout* autre système d'autorisation est interdit. Elle suggère dès lors une interprétation conforme comme quoi la Loi de 1991 ne va pas si loin : « *Elle peut s'interpréter en ce sens que le législateur fédéral n'aurait pas interdit aux régions d'autoriser l'usage privatif de leur domaine public, entre autres, en soumettant à une autorisation les opérateurs des réseaux publics de télécommunications. En raison de la condition précitée, il est tenu compte du fait que ledit domaine public et lesdites propriétés sont gérés par d'autres autorités que les autorités fédérales, en particulier par les régions [...] et que les régions doivent être à même d'exercer leurs compétences* » (B.12.).

Ensuite la Cour examine la proportionnalité de l'action de la Région de prévoir un système d'autorisation. Elle estime qu'en soi l'existence d'un tel système ne rend pas exagérément difficile l'exercice par l'Etat fédéral de ses compétences. Il appartient au Conseil d'Etat de vérifier si c'est également le cas dans les faits : « *il appartient à la juridiction a quo de vérifier si, dans l'exercice de cette compétence, [la Région flamande] a respecté le principe de proportionnalité* » (B.14.).

Les actions des deux autorités réussissent ainsi *a priori* l'examen du respect de la répartition des compétences. Un système d'autorisation flamand peut coexister avec le système d'autorisation d'office prévu par le législateur fédéral pour ce qui le concerne, l'un n'empêchant pas l'autre.

¹⁷ Loi du 13 juin 2005, *op. cit.*

¹⁸ « *Projet de loi relatif aux communications électroniques* », *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 2004-2005, n° 51-1425/008, pp. 4-6, amendements n° 107-115.

¹⁹ Points B.4. et B.5.

²⁰ L'article 2°bis fut introduit par la Loi spéciale du 16 juillet 1993 visant à achever la structure fédérale de l'Etat, *M.B.*, 20 juillet 1993, voy. *Doc. parl.*, Sénat, 1992-1993, n° 558/5, p. 412, F.

2.2. Système de prélèvement

Compétences fiscales - Pour ce qui est du prélèvement, la Cour relève préalablement que le thème des questions préjudicielles concernées est la répartition des compétences fiscales en vue de l'indemnisation pour l'autorisation d'utiliser le domaine public. *A priori*, une compétence fiscale régionale complète ici la compétence d'autorisation de la Région. En principe la Région dispose donc d'une compétence en la matière.

Rétribution ou impôt - Cependant il faut établir s'il s'agit bien d'une rétribution au sens strict, comme le suggère la Région, et non d'un impôt²¹. L'intérêt d'une telle clarification est que l'Etat fédéral peut exclure des *impôts* de la Région, mais ne peut pas exclure des *rétributions* de la Région. Il y a ainsi une primauté de la loi fédérale en matière d'impôt²² : la loi peut prévoir que l'impôt régional ne s'applique pas à certaines catégories de contribuables. Pour ce faire la loi doit démontrer la

« nécessité » de sa mesure d'exception. La nécessité est ici démontrée selon la Cour par l'exposé des motifs de la Loi de 1991 : il s'agit d'éviter la répétition de « *certaines litiges* » et de faciliter le raccordement des abonnés²³. Nous nous trouvons donc en présence d'une exception fiscale fédérale apparemment valide interdisant la Région de lever un impôt pour l'utilisation du domaine public par les opérateurs publics. Le montant demandé par la Région constitue-t-il dès lors un impôt, qui serait proscrit ou une rétribution ? Nous avons relevé que la Région flamande a prévu deux parties à son exigence pécuniaire : une partie fixe et une partie variable²⁴, la partie fixe couvrant les frais administratifs de délivrance de l'autorisation et la partie variable indemnisant l'usage même de la voirie publique. Si cette indemnité de l'usage est raisonnablement proportionnée au service rendu – le droit de passage, c'est une rétribution. Sinon, c'est un impôt. Alors l'Etat fédéral peut l'exclure²⁵. La Cour renvoie au Conseil d'Etat pour l'examen concret de la proportion-

²¹ Pour rappel, une rétribution se doit d'être prélevée en contrepartie d'un service rendu et être proportionnée à l'intérêt et/ou au coût dudit service. Si l'une de ces conditions n'est pas remplie, le prélèvement visé est un impôt. Il est alors soumis à un autre régime juridique. Pour plus de détails sur cette distinction, voy. V. SEPULCHRE, « Impôt, rétribution et redevance – Conséquences pratiques d'une distinction fondamentale », *Rev. gén. fisc.*, 2005, n° 3, pp. 14 à 28 et R. DEBLAUWE e.a. (dir.), *Tiberghien - Manuel de droit fiscal 2006*, Bruxelles, Larcier, 2006, n° 0006-0008 et 7002.

²² Const., art. 170 § 2 al. 2.

²³ *Doc. parl.*, Ch. Repr., 1989-1990, n° 1287/1, p. 60.

²⁴ Il faut relever que fin 2002 et fin 2003, le législateur flamand a ajouté des exonérations de prélèvement dans le Décret. Ainsi l'article 43 prévoit une dispense de la partie variable du prélèvement pour les canalisations de distribution, notamment d'information, auxquelles sont directement raccordés les utilisateurs résidentiels. Ensuite, l'article 43 s'est vu introduire une possibilité de dispense de prélèvement, tant fixe que variable, pour les « accès aux habitations ». L'article 22, 4° de l'Arrêté exécute cette possibilité. L'on peut légitimement se demander si la « boucle locale » devrait bénéficier de ces deux types exonérations. En effet, la « boucle locale » correspond en pratique aux 10 à 1000 derniers mètres du réseau (à l'origine le réseau téléphonique) reliant celui-ci à l'utilisateur, l'« habitation ». L'art. 2, 23° de la loi relative aux communications électroniques du 13 juin 2005 (*M.B.*, 20 juin 2005) définit la boucle locale comme « circuit physique qui relie le point de terminaison du réseau au répartiteur principal ou à toute autre installation équivalente du réseau téléphonique public en position déterminée » ; L'article 2.e de la Directive 2002/19/CE « accès » (*J.O.C.E.*, 24 avril 2002, L 108/7) vise le « circuit physique qui relie le point de terminaison du réseau dans les locaux de l'abonné au répartiteur principal ou à toute autre installation équivalente du réseau téléphonique public fixe ». Outre les fils originellement de téléphone – la paire de cuivre, le raisonnement pourrait aussi s'appliquer au câble originellement de télédistribution. Vu le nombre élevé de boucles locales (au moins une boucle locale « téléphonique » et souvent un « câble » par habitation), l'applicabilité ou non aux boucles locales de ces exemptions de prélèvement a son importance financière. Pour ce qui est du premier cas d'exemption, il nous semble que la boucle locale puisse être qualifiée de canalisation de distribution d'information et en bénéficier. (« Ontwerp van Decreet houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 2003 », *Doc. parl.*, Parl. fl., sess. 2002-2003, n° 1438/1, p. 17). Par contre, dans le deuxième cas, le législateur visait par « accès aux habitations » la mise en place de petits ponts ou ponceaux reliant les habitations aux voies publiques par dessus les fossés... (« Ontwerp van Decreet houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 2004 », *Doc. parl.*, Parl. fl., sess. 2003-2004, n° 1948/1, p. 33). Une exemption pour la boucle locale sur cette deuxième base ne serait dès lors pas admissible, à moins cependant de raisonner par analogie. En effet, dans une optique de stimulation de la concurrence au niveau de l'infrastructure locale de communications électroniques, il serait opportun, mais peut-être coûteux pour le budget public régional, d'exempter les boucles locales de tout prélèvement. D'ailleurs, l'objectif final de l'exemption pour les ponceaux est applicable à la boucle locale : un accès au réseau bon marché pour le citoyen.

²⁵ Cette exclusion sur la base de l'article 98, §1^{er} de la Loi de 1991 a été appliquée par la Cour d'appel de Bruxelles envers un

nalité des montants exigés par la Région flamande et ainsi qualifier de rétribution ou d'impôt les montants demandés par la Région. Quoi qu'il en soit, c'est en tout cas à tort selon la Cour que la Loi de 1991 (art. 98) prétend exclure *tout type* d'imposition, y compris les rétributions régionales. Ce faisant elle dépasse les limites de ses compétences fiscales²⁶. Nous venons en effet de voir que la Région a bel et bien le droit d'imposer des rétributions (proportionnées), dans la suite de sa compétence en matière d'autorisation.

3. Caractère présumé proportionné des compétences exercées

Présomption de proportionnalité – L'élément frappant du présent arrêt est sans nul doute la présomption – certes simple – de proportionnalité de l'exercice des compétences en cause, adoptée par la Cour d'arbitrage.

3.1. Convergence et disproportionnalité d'office

Arrêt 132/2004 de la Cour d'arbitrage - Rappelons-nous en effet l'arrêt 132/2004 de la Cour d'arbitrage du 14 juillet 2004²⁷. A l'occasion de la détermination de la compétence du régulateur fédéral des télécommunications, cette affaire vint éclaircir (?) la répartition des compétences entre les Communautés et l'Etat fédéral en matière de communications électroniques. Les Communautés sont en effet compétentes pour les réseaux et services de transmission de radiodiffusion²⁸, tandis que l'Etat fédéral est compétent pour les réseaux et services de communications électroniques autres que de radiodiffusion, c'est-à-dire les télécommunications. Le problème de l'identification claire de la frontière entre ces compétences de radiodiffusion et de télécommunications vient du phénomène dit de « convergence ».

Convergence - A l'origine en effet, une certaine infras-

structure de transmission ne pouvait techniquement être utilisée que pour un type déterminé de services. Ainsi un réseau de télédistribution ne pouvait être utilisé que pour la distribution de signaux de radiodiffusion et non pas pour d'autres services de communications électroniques comme la téléphonie vocale. Réciproquement, les infrastructures servant à la transmission de la téléphonie vocale ne pouvaient pas être utilisées pour la distribution de programmes de télévision. Cette caractéristique est appelée « spécialisation technique des infrastructures ». Les technologies, notamment de numérisation et de compression, ont tant évolué que désormais chaque type de réseau peut en principe supporter chaque type de service. Les réseaux de télédistribution par câble peuvent aujourd'hui véhiculer de la téléphonie et les lignes traditionnelles de téléphone peuvent transporter de la télévision. Il y a donc une déspecialisation – technique – des infrastructures. Autrement dit, il y a une convergence technique des possibilités de transport des différents réseaux de communications électroniques. Cela a pour conséquence qu'un réseau particulier ne relève plus, en Belgique, exclusivement d'une compétence particulière. Prenons l'exemple du câble. Le câble permet la transmission de la téléphonie et de données – les télécommunications – comme de la radiodiffusion. Concomitamment, ces secteurs économiques autrefois distincts fusionnent. Dès lors, qui est compétent pour réglementer et réguler ces marchés de transmissions par câble ? La (sur-)réalité fédérale belge aidant, la réponse n'est pas univoque. L'Etat fédéral est compétent pour le câble en tant qu'il supporte des télécommunications ; les Communautés sont compétentes pour le câble en tant qu'il supporte de la radiodiffusion. Un même réseau de communications électroniques – ici le réseau par câble – est donc réglementé par deux pouvoirs différents en même temps²⁹.

Disproportionnalité d'office - La Cour d'arbitrage a par conséquent considéré dans cette affaire 132/2004 que toute réglementation ou régulation entreprise par un des pouvoirs sur les réseaux convergés empièterait *nécessaire-*

prélèvement de la Région de Bruxelles-Capitale pour l'installation d'équipements de communications électroniques dans les tunnels routiers de la Région : Bruxelles (9^{ème} ch.), 29 juin 2006, n° 2002AR1059, www.cass.be (1^{er} avril 2007).

²⁶ Dans le même ordre d'idées, nous voyons mal en quoi le législateur fédéral aurait le pouvoir d'autoriser les Régions et les Communes de prélever des redevances pour l'utilisation de leur domaine public, comme l'escompte la « Proposition de loi modifiant l'article 98, § 2, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques en vue de donner aux autorités régionales et locales la faculté d'établir une redevance pour l'occupation du domaine public par les opérateurs de télécommunication », *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 2003-2004, n° 0503/001. Cette proposition a été constatée comme étant « caduque » le 2 mai 2007, www.lachambre.be (10 mai 2007).

²⁷ Voy. R. QUECK et P. VALCKE, avec la collaboration de Q. COPPIETERS 'T WALLANT, « L'arrêt de la Cour d'arbitrage du 14 juillet 2004: percée ou impasse ? », note sous C.A., 14 juillet 2004, n° 132/2004, *R.D.T.I.*, n° 21, 2005, pp. 51-73.

²⁸ Le concept de radiodiffusion est entendu en Belgique dans un sens large englobant tant la radio que la télévision.

²⁹ Sur ce sujet, voy. R. QUECK et Q. COPPIETERS 'T WALLANT, « La compétence de la Communauté germanophone... », *op. cit.*

ment sur l'exercice de la compétence de l'autre pouvoir. La Cour conclut donc ici à une empiètement d'office : toute action unilatérale rend nécessairement impossible ou excessivement difficile par l'autre l'exercice de sa compétence. Les compétences sont inextricablement imbriquées. Il est dès lors pour la Cour d'office disproportionné pour un pouvoir compétent d'agir en la matière sans collaborer avec l'autre pouvoir compétent : il faut « *une réglementation prise de commun accord* » (B.7.1.). Il est fondamental de relever que c'est le mode de prise de décision qui est considéré par la Cour comme grevant toute mesure de disproportionnalité. C'est le caractère unilatéral de l'adoption de la mesure qui rend la mesure d'office disproportionnée. Cette jurisprudence fut confirmée ultérieurement³⁰.

3.2. Droits de passage et présomption de proportionnalité

Droits de passage et présomption de proportionnalité - Dans l'arrêt ici commenté, la Cour présume au contraire la proportionnalité des mesures de la Région flamande. La Cour n'exige pas de « *réglementation prise de commun accord* ». Nous venons pourtant de voir que la jurisprudence antérieure sur un litige présentant des similitudes concluait à une disproportionnalité d'office et la nécessité d'un tel accord. En réalité, dans l'arrêt 172/2006, la Cour ne s'est pas appesantie sur le mode d'adoption des dispositions mais sur le contenu des dispositions. L'approche semble donc s'être faite à un niveau différent. La Cour a ici évalué si le contenu des dispositions elles-même, indépendamment de leur mode d'adoption, ont un effet disproportionnel. Elle a estimé que ce n'est pas le cas *a priori*. Dans l'arrêt 132/2004, la Cour avait déduit du *mode d'adoption* des dispositions que celles-ci étaient par nature disproportionnées. Cette apparente approche différente constitue-t-elle un revirement de jurisprudence ? La solution de l'arrêt 132/2004 est en effet critiquée : l'on peut se demander si la portée du principe de proportionnalité n'a

pas été trop étendue, à tel point qu'à force d'empêcher de rendre exagérément difficile l'exercice par le deuxième de ses compétences, c'est l'exercice par le premier de ses propres compétences qui serait rendu quasi-impossible³¹. Il est néanmoins difficile de croire que la Cour ait choisi d'opérer le revirement d'une jurisprudence confirmée par elle-même à peine deux semaines plus tôt³². Il ne s'agirait pas tant d'un revirement que d'une mise au point : les autorités pourront encore agir unilatéralement sans blesser la compétence des autres. L'affaire de l'arrêt 172/2006 en offrirait un exemple : chacun peut organiser, pour son domaine public, son système d'autorisation de droits de passage et son système de rétribution. L'exercice unilatéral de la compétence ne suffit pas ici pour conduire à la disproportionnalité.

A quelle approche s'attendre ? - Que la Cour approche l'une affaire par l'examen du mode d'adoption des dispositions et l'autre par l'examen du contenu des dispositions laisse de premier abord perplexe quant à la prévisibilité juridique d'issues de futurs contentieux. L'approche de la Cour préjuge en partie du résultat du litige. Il conviendrait donc de pouvoir prévoir dans quels cas la Cour adoptera quelle approche.

Approche unique - En réalité, ces deux approches sont selon nous opportunément conciliables en une seule. L'important est de commencer le raisonnement à partir des objets des réglementations contentieuses. Il faut en effet en premier lieu examiner si l'objet de la première réglementation est bien identique à celui de la deuxième réglementation.

Objet de réglementation identique - Dans le cas de l'affaire 132/2004, la réglementation fédérale comme la réglementation communautaire visent la mise en place abstraite d'un réseau et son utilisation³³, l'accès au marché des communications électroniques, la régulation de ce marché, de ce secteur convergeant, sur ces réseaux convergés, etc. En raison de la convergence, l'objet de la réglementation est le même : un même secteur dans son ense-

³⁰ C.A., 13 juillet 2005, n° 128/2005, concernant la législation de la Communauté flamande et C.A., 8 novembre 2006, n° 163/2006, concernant celle de la Communauté française. La Communauté germanophone n'a pas été inquiétée. Sa législation fut d'ailleurs préalablement soumise au Comité de concertation saisi par elle à cet effet.

³¹ Sur ce point voy. W. PAS, "Federale loyaleit, de bevoegdheid inzake toerisme en unicommunautaire reisbureaus. Enkele bedenkingen bij het arrest 119/2004 van het Arbitragehof", *T.B.P.*, 2005/3, pp. 147-164 et spéc. p. 153.

³² L'arrêt 172/2006 date du 22 novembre 2006, l'arrêt 163/2006 - reconfirmant l'arrêt - 132/2004 date du 8 novembre 2006. Les audiences pour ces deux affaires ont d'ailleurs eu lieu le même jour devant une Cour de même composition, le 13 septembre 2006.

³³ Pour la Cour d'arbitrage, c'est l'infrastructure et les services de transmission électronique « *communs* » à la radiodiffusion et à la télévision d'une part, et aux télécommunications d'autre part, qui sont visés (B.4. de l'arrêt 163/2006). En ce qui concerne les infrastructures, cette limitation pourrait être une « formule de sauvegarde » qui, à toutes fins utiles, viserait à exclure de l'obligation de coopération les infrastructures qui par leurs caractéristiques techniques intrinsèques seraient telles qu'elles ne pourraient pas être utilisées à la fois pour la radiodiffusion et pour d'autres communications électroniques.

ble, les mêmes réseaux dans leur ensemble. Dans ce cas, toute action réglementaire d'un pouvoir empiète par définition sur la marge de manœuvre vitale de l'autre. La disposition en cause ne doit même pas être examinée³⁴. Son adoption unilatérale suffit pour la discréditer. Elle est d'office disproportionnée. Donc dans le cas d'un objet de réglementation identique, l'examen du mode d'adoption suffit à discréditer le cas échéant les dispositions litigieuses.

Objet de réglementation différent - Dans le cas de l'affaire 172/2006, la réglementation fédérale et la réglementation régionale ont un objet différent. Nous l'avons dit, la réglementation fédérale vise la mise en place abstraite d'un réseau et son utilisation, l'accès au marché des communications électroniques, la régulation de ce marché, de ce secteur convergeant, sur ces réseaux convergés, etc. Elle a pour objet un secteur économique particulier et des installations particulières. Par contre, la réglementation régionale vise l'utilisation concrète du domaine public notamment par la mise en place d'éléments de réseau. L'objet primaire est le domaine public. Le fait qu'il s'agisse d'une utilisation pour des communications électroniques est d'ailleurs totalement accessoire pour la réglementation de la Région. Ce qui lui importe c'est de gérer son domaine public. A côté de l'objet *abstrait* de régulation des marchés de communications électroniques, se trouve l'objet *concret* de l'utilisation l'espace public. Ces objets des deux réglementations étant différents³⁵, les actions de l'un n'empièteront sur le champ d'action vital de l'autre que dans des cas extrêmes. Comme la Cour n'a dans l'affaire 172/2006 pas constaté de cas extrême *a priori*, elle renvoie au Conseil d'Etat pour vérifier si en aval l'extrémisme est également absent. En attendant, elle adopte une présomption simple de proportionnalité des dispositions litigieuses. Que se passe-t-il si une disposition ayant un objet particulier devait s'avérer à ce point extrême qu'elle entraverait l'action d'un autre pouvoir sur un objet pourtant différent ? Prenons par hypothèse le cas de conditions régionales d'utilisation du domaine public qui seraient tellement restrictives ou coûteuses qu'elles créeraient un goulot d'étranglement diri-

mant pour le développement des communications électroniques. Il nous semble que dans une telle hypothèse la disposition régionale concernée serait illicite, sauf si elle était « prise de commun accord » avec l'Etat fédéral. Néanmoins un tel accord de l'Etat fédéral ne pourrait pas équivaloir à un transfert par l'Etat fédéral de ses propres compétences. Cela serait inconstitutionnel.

4. Conclusion

Réponse - Cet arrêt fournit une réponse quant à la répartition des compétences entre les niveaux fédéral et régional en matière de droits de passage pour les communications électroniques. Cette réponse s'articule en deux temps. Premièrement, chaque niveau de pouvoir est libre d'agir chez lui, unilatéralement, tant que cela ne débouche pas en une pratique disproportionnée. *A priori*, cette disproportion est absente en l'espèce. Deuxièmement, l'Etat fédéral a valablement exercé sa compétence concurrente en matière d'impôt. Il peut ainsi écarter un impôt régional, mais pas une rétribution régionale.

Mise au point - Plus prospectivement, la mise en parallèle de cet arrêt avec l'arrêt 132/2004 apporte une mise au point bienvenue : il y a des compétences touchant aux communications électroniques qui peuvent être exercées unilatéralement. Elle apporte à ce titre une clef de lecture, à partir de l'objet même de la réglementation, devant aider le législateur en particulier à évaluer s'il a une marge de manœuvre unilatérale face à l'exigence d'exercice proportionnel de sa compétence ou s'il devra nécessairement préalablement agir en accord avec les autres pouvoirs concernés.

Quant à l'espèce - Pour l'espèce devant le Conseil d'Etat, il reste à voir si actuellement et dans le futur, l'accès à la voirie publique n'est pas excessivement limité dans les faits, en aval de la réglementation examinée par l'arrêt 172/2006.

Quentin Coppieters 'T Wallant³⁶

³⁴ Sauf son examen marginal afin d'identifier son objet.

³⁵ Dans son Avis pour le « Projet de loi relatif à la protection des consommateurs en ce qui concerne les services de radiotransmission et de radiodistribution », le Conseil d'Etat insiste pour que l'objet de la loi (article 7) soit bel et bien *l'information* du consommateur quant à la qualité et la sécurité des services de transmission visés, et non la qualité et la sécurité elles-mêmes. Si la loi visait la qualité et la sécurité elles-mêmes, elle nécessiterait une collaboration avec les communautés, *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 2006-2007, n° 2978/001, p. 27-28, points 2.1 et 2.2.1 et notes 10 et 13.

³⁶ L'auteur est assistant à la Faculté de Droit et chercheur au Centre de Recherches Informatique et Droit (CRID) des FUNDP, Namur, ainsi qu'avocat au Barreau de Bruxelles. Il remercie vivement Robert QUEECK, maître de conférences aux FUNDP et directeur adjoint du CRID, pour ses nombreux et précieux commentaires lors de la rédaction. Toute erreur ne serait imputable qu'au seul auteur. Aucune opinion ne sera considérée comme reflétant celle d'une organisation à laquelle l'auteur serait de près ou de loin rattaché.